

## HACIA UN CONCEPTO RESTRINGIDO DE ESTADO DE DERECHO\*

*Eusebio Fernández García*

Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid

El presente trabajo se propone lograr dos objetivos. El primero, intenta delimitar el campo de lo que se considera imprescindible para definir en qué consiste el Estado de Derecho. El segundo, trataría de llamar la atención sobre ciertas formas de «desnaturalizar» el Estado de Derecho que se han conseguido al confundir diferentes modalidades del Estado de Derecho con sus correctas señas de identidad.

Para comenzar, creo que entre las definiciones del Estado de Derecho, F. Hayek nos ha brindado, en su conocida obra «Camino de servidumbre», una que sirve perfectamente como punto de partida. «Nada distingue —escribe— con más claridad las condiciones de un país libre de las que rigen en un país bajo un gobierno arbitrario que la observancia, en aquél, de los grandes principios conocidos bajo la expresión Estado de Derecho. Despojada de todo su tecnicismo, significa que el Estado está sometido en todas sus actuaciones a normas fijas y conocidas de antemano; normas que permiten a cada uno prever con suficiente certidumbre cómo usará la autoridad en cada circunstancia sus poderes coercitivos, y disponer los propios asuntos individuales sobre la base de este conocimiento»<sup>1</sup>.

Este texto, a excepción del apéndice, fue publicado en la Revista *Sistema* n. 138, Mayo, 1997.

<sup>1</sup> Friedrich A. Hayek «Camino de servidumbre», Alianza Editorial, Madrid, 1978, trad. de Tose Vereara, pág.. 103.

Se trata, como el propio Hayek aclara, de que debe reducirse todo lo posible la discreción concedida al poder político y que, en todo caso, deben conocerse previa y claramente las reglas de juego para que de esta forma cada individuo pueda procurarse sus fines y deseos personales libremente. Un gobierno bajo el Estado de Derecho es lo opuesto a un gobierno arbitrario. La elaboración por el Estado de normas fijas claras y estables es el único medio que tienen los individuos de no ser pasto de lo imprevisible.

Me parece que en líneas muy generales ésta es una buena descripción del concepto de Estado de Derecho y, como he indicado anteriormente, sirve como punto de partida. Cabe preguntarse si la existencia de este tipo de Estado es compatible con un sistema autoritario que sea especialmente celoso del sometimiento a normas jurídicas previamente definidas, fijas, públicas y claras. Pienso que este tipo de Estado autoritario, fiel cumplidor de su legalidad, podría garantizar muy satisfactoriamente la disposición libre de los asuntos individuales y alcanzar, además, un más que suficiente grado de seguridad y certeza para sus ciudadanos. Pero creo que este Estado se queda muy corto en relación con las exigencias que adornan al Estado de Derecho. Ni tan siquiera nos serviría como ejemplo del momento histórico que da a luz al Estado de Derecho: El Estado liberal. Existen más requisitos que el ya de por sí importante sometimiento a la ley. La ley no es cualquier modalidad de ley, sino que cuenta con el consentimiento de los gobernados (más tarde, además, la que se ha elaborado con la participación de ellos); la que precisa de un sistema político con división de poderes y sistema de controles y la que respeta y garantiza unos derechos y libertades fundamentales. La prueba de todo esto es que el proceso histórico hacia la construcción del Estado de Derecho es un proceso paralelo al liberalismo político, a las declaraciones de derechos y a una configuración democrática del Estado y la sociedad.

Por eso, precisamente, el Estado de Derecho es, en primer lugar, imperio de la ley, subordinación de todos, incluido el propio Estado y sus representantes, a la legalidad, pero no a una legalidad con cualquier contenido, sino una legalidad selectiva. Creo que esto fue muy bien señalado por Manuel García Pelayo cuando destacaba: «El Estado de Derecho, en su prístino sentido, es un Estado cuya función capital es establecer y mantener el Derecho y cuyos límites de acción están rigurosamente definidos por éste, pero, bien entendido que Derecho no se identifica con cualquier ley o conjunto de leyes con indiferencia hacia su contenido —pues, como acabamos de decir, el Estado absolutista no excluía la legalidad— sino con una normatividad acorde con la idea de la legitimidad, de la justicia, de los fines y de los valores a los que debe servir el Derecho, en resumen, con una normatividad acorde con "la idea del Derecho"... Por consiguiente, si bien la legalidad es un componente de la idea del Estado de Derecho, no es menos cierto que éste no se

identifica con cualquier legalidad, sino con una legalidad que no lesiona ciertos valores por y para los cuales se constituye el orden jurídico y político y que se expresan en una normas o principios que la ley no puede violar»<sup>2</sup>.

Por tanto, creo que tiene sentido destacar que las definiciones del Estado de Derecho del tipo de la propuesta por Hayek se quedan muy cortas. Sin embargo, también hay que estar vigilantes ante aquellas definiciones que al incluir modalidades del Estado de Derecho concretas, con sus respectivas exigencias, reducen el campo del Estado de Derecho. Y creo que esto ha tenido lugar tanto en el ámbito contemporáneo del neoliberalismo, como en el del socialismo democrático. En el primer caso, voy a volver al pensamiento de Hayek. En el segundo me centraré, con cierta extensión, en las aportaciones de Elias Díaz.

Tiene parte de razón J. Raz cuando ha criticado el «uso promiscuo» que se hace de la expresión Estado de Derecho. Para él se trata «únicamente de una de las virtudes que un orden jurídico puede poseer y por la que puede ser juzgado. No se debe confundir con democracia, justicia, igualdad (ante el Derecho o de otra manera), ni con derechos humanos de cualquier tipo ni con el respeto por las personas o por la dignidad del hombre»<sup>3</sup>.

Conviene no olvidar, volviendo a Hayek, que la definición de Estado de Derecho antes utilizada, corresponde al comienzo de un capítulo que lleva por título «La planificación y el Estado de Derecho», de un libro sumamente significativo dentro de su producción teórica y política: «Camino de servidumbre». El camino recto hacia la servidumbre es el camino de la planificación económica de tipo colectivista y el olvido de la economía de mercado como regulador social. La planificación no se puede sujetar de antemano a normas generales y formales y, por ello, no puede evitar la arbitrariedad. La planificación del Estado imposibilita la planificación del individuo, principal característica de un sistema de libertad. E Hayek identifica plenamente los principios del Estado liberal con los principios del Estado de Derecho. Si el legislador no sigue los criterios del Estado liberal, por ejemplo cuando lleva a cabo políticas intervencionistas, no solamente actúa en contra del liberalismo sino que, y esto es claramente una exageración de Hayek y un

<sup>2</sup> M. García Pelayo «Las transformaciones del Estado contemporáneo», Alianza Editorial, Madrid, 1977, pág. 52 y 53.

<sup>3</sup> Joseph Raz «La autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral», traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, pág. 264. J. Raz hace una descripción de algunos de los principios más importantes del Estado de Derecho. Son: «Todas las disposiciones jurídicas deben ser prospectivas, abiertas y claras», «Las disposiciones jurídicas deben ser relativamente estables», «El establecimiento de disposiciones jurídicas particulares (órdenes jurídicos particulares) debe ser guiado por disposiciones jurídicas abiertas, estables, claras y generales», «La independencia del poder judicial tiene que ser garantizada», etc., pág. 268 y ss.

error de apreciación, está destruyendo el Estado de Derecho. «Un resultado necesario —mantiene—, y sólo aparentemente paradójico, de lo dicho es que la igualdad formal ante la ley está en pugna y de hecho es incompatible con toda actividad del Estadodirigida deliberadamente a la igualdad material o sustantiva de los individuos, y que toda política directamente dirigida a un ideal sustantivo de justicia distributiva tiene que conducir a la destrucción del Estado de Derecho. Provocar él mismo resultado para personas diferentes significa, por fuerza, tratarles diferentemente»<sup>4</sup>.

La planificación económica, sea la de un sistema colectivista, sea la de cualquier tipo de socialismo democrático, sea la del Estado del bienestar social, al pretender realizar «ideales de justicia sustantiva y de igualdad», lleva por delante, para Hayek, la justicia formal y la igualdad ante la ley, y con ellas el Estado de Derecho. «El Estado de Derecho —añade— implica, pues, un límite al alcance de la legislación. Restringe ésta a aquella especie de normas generales que se conoce por ley formal, y excluye la legislación dirigida directamente a personas en particular o a facultar a alguien en el uso del poder coercitivo del Estado con miras a esa discriminación... la admisión de estas limitaciones de los poderes legislativos implica el reconocimiento del derecho inalienable del individuo, de los derechos inviolables del hombre»<sup>5</sup>.

Sorprende una condena tan rotunda, aunque obviamente se deriva de los postulados paleoliberales, de cualquier intervención de la legislación que incluya finalidades de justicia social o distributiva. Por otro lado, Hayek parece desconocer, y se manifiesta una vez más la careta liberal como filtro, que también hay derechos inviolables en el terreno social y económico que, si no se garantizan, pueden limitar extremadamente el uso efectivo de las libertades individuales<sup>6</sup>. Además, tachar al Estado de bienestar social de destructor del Estado de Derecho es una acusación injusta. Lo que es válido como crítica de los sistemas comunistas no puede trasladarse sin más al Estado social, que es una modalidad de Estado de Derecho en cuyo desarrollo no se ha seguido el camino de servidumbre presagiado por F. Hayek<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> E Hayek «Camino de servidumbre», cit, pág. 111.

<sup>5</sup> op. cit. pgs. 116 a 117.

<sup>6</sup> Me he referido a este punto en mi libro «La obediencia al Derecho», Ed. Civitas, Madrid, 1.987, pág. 220 y ss.

<sup>7</sup> Puede consultarse por ejemplo la pág. 59 de «Camino de servidumbre».

Ver sobre este punto mi libro «Filosofía política y Derecho», Ed. Marcial Pons, Madrid, 1.995, pág. 118 y ss.

Para un tratamiento general, necesariamente breve pero esclarecedor de la figura de Hayek, ver la parte dedicada a él en el cap. 1 del tomo 6 de la Historia de la teoría política, Fernando Vallespín ed., Alianza Editorial, Madrid, 1995, pág. 17 y ss. cuyos autores son Fernando Vallespín y Elena García Guitián.

Paso ahora a analizar algunas de las aportaciones de Elias Díaz al estudio del Estado de Derecho.

Para los estudiantes que comenzamos la carrera universitaria a finales de los años sesenta o comienzos de los setenta la expresión «Estado de Derecho» va estrechamente unida a un autor, Elias Díaz, en aquel momento profesor adjunto de Filosofía del Derecho y víctima de dificultades políticas para acceder a la cátedra universitaria, y a su libro, también objeto de persecución política en el momento de su aparición, que es «Estado de Derecho y sociedad democrática». A través de este libro se podía tomar contacto con un tipo de reflexión teórica e ideológica distinta de la oficial, y que al mismo tiempo aportaba la esperanza de que en un tiempo no muy lejano lo allí expuesto y defendido podía ser una realidad en España. Además, para los que nunca nos sentimos mínimamente identificados (sino enfrentados) con el régimen franquista y teníamos serios reparos para ser ni tan siquiera compañeros de viaje del partido comunista (¡ni, por supuesto, de los partidos situados a su izquierda!), «Estado de Derecho y sociedad democrática» nos permitía sentirnos vinculados con otra vía política, la del Estado democrático de Derecho allí proyectada, tan respetuosa de las libertades como exigente en la lucha contra las desigualdades sociales y económicas. Debo confesar, por tanto, que con la lectura del libro de Elias Díaz tuve la impresión de que había conseguido dar contenido a un compromiso ético y político que aún, hasta ese momento, no había encontrado su vía de desarrollo.

Hoy, treinta años después de su aparición, se impone una relectura de «Estado de Derecho y sociedad democrática». Ni nosotros somos los mismos ni lo es la situación política española e internacional. La crisis del Estado de bienestar social, el derrumbe de las dictaduras comunistas en la mayoría de los países que durante décadas las vivieron y muchos otros factores, exigen un cambio tanto en las herramientas teóricas con las que nos acercamos a comprender la realidad, como en las evaluaciones que utilizamos para expresar nuestro agrado o desagrado con ciertas formas de organizar políticamente la convivencia<sup>8</sup>. No obstante, hay algo en el citado libro que sigue teniendo la misma actualidad y que coincide con la definición del concepto y características del Estado de Derecho. Se trata del tronco común a las tres formas de Estado de Derecho: la liberal, la social y la democrática. Es lo que en este momento me interesa resaltar.

En cuanto al concepto, desde la Introducción al libro, Elias Díaz es suficientemente claro al enunciar:

<sup>8</sup> En mi libro «Filosofía política y Derecho» me he referido al desarrollo del Estado de bienestar social y a la postura de Elias Díaz al respecto, op. cit., pág. 113 y ss.

«No todo Estado es Estado de Derecho. Por supuesto, es cierto que todo Estado crea y utiliza un Derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico. Difícilmente cabría pensar hoy un Estado sin Derecho, un Estado sin un sistema de legalidad. Y sin embargo, decimos, no todo Estado es Estado de Derecho; la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho. Designar como tal a todo Estado, por el simple hecho de que se sirve de un sistema normativo jurídico, constituye una imprecisión conceptual y real que sólo lleva —a veces intencionadamente— al confucionismo.

Cabe adoptar como punto de partida la siguiente tesis: el Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho, o mejor, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley... El Estado de Derecho como Estado con poder regulado y limitado por la ley se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto y totalitario, como Estados con poder ilimitado, en el sentido de no controlado jurídicamente o, al menos, insuficientemente regulado y sometido al Derecho»<sup>9</sup>.

Imperio de la ley, control jurídico del poder estatal y seguridad frente a arbitrariedad son, pues, los rasgos definitorios del Estado de Derecho. En cuanto a las características del Estado de Derecho «como exigencias más básicas e indispensables, a todo auténtico Estado de Derecho» son:

- «a). Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general.
- b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.
- c) Legalidad de la Administración: actuación según ley y suficiente control judicial.
- d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico formal y efectiva realización material»<sup>10</sup>.

Opino que estas cuatro características cumplen perfectamente con la función encomendada, no obstante considero que la cuarta puede dar lugar a equívocos, derivados de la falta de precisión con la que está enunciada. ¿Cuáles son los derechos y libertades fundamentales, de los que se exige «garantía jurídico formal y efectiva realización material»? ¿Entran aquí todos los derechos que hoy se incluyen en las declaraciones al uso?, ¿Es posible elaborar una jerarquía de importancia variable de los derechos desde el punto de vista del concepto de Estado de Derecho y no desde cual-

<sup>9</sup> Elías Díaz «Estado de Derecho y sociedad democrática», Editorial Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1.972, (cuarta edición), pág. 13.

<sup>10</sup> op. cit. pág. 29

quiera de sus modalidades?, ¿Cómo afecta al Estado de Derecho la falta de garantías jurídicas y de efectiva realización material de, por ejemplo, los derechos económicos, sociales y culturales? Mi respuesta es que mientras la falta de garantías jurídicas o la ineficacia en el ejercicio de los derechos de autonomía, seguridad jurídica y cívico políticos dejan sin contenido, es decir, afectan profundamente al concepto de Estado de Derecho, en cambio un caso similar en cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales hace peligrar el Estado social de Derecho, es decir, una modalidad del Estado de Derecho, pero no al propio Estado de Derecho. Sobre este punto, la postura de Elías Díaz creo que no está certeramente delimitada ni en el libro «Estado de Derecho y sociedad democrática» ni en trabajos actuales. Veamos un ejemplo del primer caso. Cuando Elías Díaz desarrolla la cuarta característica del Estado de Derecho, enuncia los principales derechos «que en cuantaconquistas históricas, cabe considerar hoy como exigencias humanas fundamentales», añadiendo que no se trata «de presentar un cuadro cerrado y completo de todos esos derechos de la persona humana». Son los siguientes: derecho a la vida y a la integridad física, respeto a la dignidad moral de la persona, libertades de pensamiento, expresión y veraz información, libertades religiosas y de creencias, de reunión, asociación, circulación y residencia, derechos a la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, igualdad ante la ley, derecho a la seguridad y garantía en la administración de la justicia, derechos políticos tendentes a la institucionalización de la democracia y del Estado de Derecho, derechos económicos y sociales tendentes a una efectiva nivelación e igualdad socioeconómica y derecho efectivo de todos los hombres a una participación igualitaria en los rendimientos de la propiedad que «tenderá así a adoptar formas de carácter colectivo».

De todos los derechos citados se precisa que su «falta o arbitraria y abusiva limitación impide la existencia de un auténtico Estado de Derecho y favorece la implantación de un sistema político absolutista, autoritario o totalitario»<sup>11</sup>.

Pues bien, creo que esto no es así. Los dos tipos de derechos citados en último lugar nada tienen que ver directamente con el Estado de Derecho; su falta o limitación no nos autorizan a dudar sobre la vigencia del Estado de Derecho. Como mucho podríamos decir que en el primer caso no se han cumplido los objetivos del Estado social, y en el segundo caso que no hemos alcanzado uno de los fines del Estado democrático de Derecho (en la versión de Elías Díaz). En caso contrario, si ignoramos lo anterior, deberíamos aceptar la conclusión de que ni existen ni han existido nunca verdaderos

<sup>11</sup> op. cit. pgs. 41 y 42.

Estados de Derecho. Y tamaña postura perfeccionista no parece que haga justicia a los hechos.

Este punto vulnerable de la aportación de Elias Díaz al estudio del Estado de Derecho, se sigue arrastrando en el último y reciente trabajo «Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales»<sup>12</sup>. Aquí el Estado de Derecho es analizado tanto en su dimensión de «criterio crítico de la actuación del Estado y de sus instituciones jurídico-políticas desde el punto de vista del principio de legalidad», como en su acepción de «Estado social y democrático de Derecho», según proclama nuestra Constitución en su artículo 1.1.<sup>13</sup>

De acuerdo con esto, en la primera parte del trabajo se insistirá en las características básicas del Estado de Derecho, tipo específico de Estado surgido «en las condiciones históricas de la modernidad» como respuesta a demandas y necesidades de carácter socioeconómico, ético o cultural. Sus rasgos definitorios se centrarán en el «sometimiento del Estado al Derecho, a su propio Derecho, regulación y control de los poderes y actuaciones todas del Estado por medio de leyes, creadas éstas además según determinados procedimientos de alguna abierta y libre participación popular, con respeto, pues, para derechos fundamentales concordes con tal organización institucional»<sup>14</sup>.

Posteriormente se explicitan los rasgos generales, pero precisos, con que debe contar un Estado para ser candidato al título de Estado de Derecho, lo que acentúa el dato de que el sometimiento del Estado a la legalidad no lo es a cualquier tipo de legalidad sino a la elaborada según procedimientos formales y cumplidora de una serie de exigencias materiales o de contenido. Junto al imperio de la ley, a la división de poderes («con lógico predominio en última y más radical instancia del poder legislativo») y fiscalización de la Administración, se encuentra el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales y de las garantías jurídicas, «así como efectiva realización material de las exigencias ética y políticas, públicas y privadas, que, especificadas y ampliadas en el tiempo como derechos económicos, sociales y culturales y de otra especie, constituyen la base para una real dignidad y progresiva igualdad entre todos los seres humanos»<sup>15</sup>. Como puede fácilmente examinarse, da la impresión de que el reconocimiento jurídico y la realización efectiva de ese conjunto amplio de derechos es una condición imprescindible para hablar de Estado de Derecho, es decir, se vuelve a con-

<sup>12</sup> En Sistema 125, Madrid, marzo de 1.995, pág. 5 y ss.

<sup>13</sup> op. cit. pág. 5.

<sup>14</sup> op. cit. pág. 7.

<sup>15</sup> op. cit., pág. 9.



fundir una modalidad del Estado de Derecho, la del Estado social y democrático de Derecho, con la configuración básica e inamovible del propio Estado de Derecho (que no es más, ¡ni menos! que el imperio de la ley y el sometimiento del Estado y sus poderes en todas sus actuaciones a la más estricta legalidad). Hay otro momento en el trabajo donde mis «miedos» acerca de la «generosa amplitud» e imprecisión del concepto de Estado de Derecho aumentan, puesto que da la impresión de que éste se diluye en la idea de democracia entendida y aplicada a los ámbitos del Estado, la sociedad, la economía, el Derecho y los derechos. No está de más recordar que la legalidad del Estado de Derecho hoy no se concibe (a diferencia de lo ocurrido en sus comienzos) al margen de un sistema democrático, es decir, se configura como legalidad de hondo significado liberal y democrático<sup>16</sup>. Tampoco es ocioso mantener que la democracia es un proceso abierto que ha de irse adaptando a las circunstancias sociales y que, por razones semejantes, la tabla de los derechos fundamentales ha de interpretarse y leerse en clave histórica. Pero todo esto es muy distinto al hecho de asegurar que «la búsqueda de una mayor legitimación, adhesión y participación implica también no petrificar, no inmovilizar con caracteres esencialistas esos elementos, esos requisitos que configuran el Estado de Derecho»<sup>17</sup>. Pues bien, son precisamente los ejemplos varios de los gobiernos y administraciones, que cuentan con legitimidad democrática y que en sus actuaciones vulneran la legalidad, lo que no debe llevar a destacar la importancia de esas ideas (petrificadas, inmovilistas y esencialistas, pero imprescindibles) del imperio de la ley, el sometimiento estricto a la legalidad en todas las actuaciones de los poderes públicos y la existencia de controles jurídicos que provengan y sancionen la posible arbitrariedad del que detenta el poder político.

<sup>16</sup> Este proceso ha sido muy bien estudiado por Eduardo García de Enterría en el cap. 3 «Las bases de la formación del Derecho Público revolucionario», de su libro «La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa», Alianza Editorial, Madrid, 1.994. Ver principalmente las páginas 108 y ss. y 125 y ss. Frente al Derecho Público del Antiguo Régimen que reposaba sobre la superioridad del Rey, que lo era por la gracia de Dios y a quien se debía obediencia, «La Revolución -señala- ha destruido enteramente esa construcción y en su lugar ha situado la idea de que el poder político es una autodisposición de la sociedad sobre sí misma, a través de la voluntad general surgida del pacto social, la cual se expresa por medio de la Ley, una Ley general e igualitaria, cuyo contenido viene a restituir la libertad del ciudadano y a articular la libertad de cada uno con la de los demás, a asegurar, pues, la coexistencia entre los derechos de todos, que son entre sí recíprocos e iguales»; «...el concepto de reino de Ley no es precisamente retórico. Tiene, por el contrario, un sentido técnico muy riguroso y estricto. Significa que todo órgano público (del Rey abajo) ejerce el poder que la Ley ha definido previamente, en la medida tasada por la Ley, mediante el procedimiento y las condiciones que la Ley propia establece», pgs. 125, 127 y 128.

<sup>17</sup> P. 10.

El Estado de Derecho es tanto una ofensiva contra el poder absoluto, autoritario o totalitario, como una llamada de atención frente a los que piensan que la legitimidad democrática es una razón que sirve para justificar cualquier actuación, incluidas las ilegales, olvidando que también la democracia ilimitada o incontrolada puede convertirse en la tiranía de las mayorías.

En la segunda parte del trabajo de EKas Díaz se establece una tipología de la evolución del Estado de Derecho en sus modalidades de Estado liberal de Derecho, Estado social de Derecho y Estado democrático de Derecho. Recuérdese que mientras los dos primeros ejemplifican dos modelos reales, el tercero es un modelo ideal, aunque no indiferente a la evolución histórica del Estado de Derecho, y, además, se trata de una alternativa surgida del intento de superar los defectos e insuficiencias de los dos anteriores. Creo que el cuadro que aquí se perfila del Estado democrático de Derecho aporta dos importantes novedades en relación con el plasmado en «Estado de Derecho y sociedad democrática» y en otros trabajos posteriores a este libro de 1996.

En primer lugar, se trata de forma más benévola, y también, me parece, más justa al Estado social, de quien se reconocen sus conquistas y se matiza su lectura exclusiva en términos socioeconómicos. En segundo lugar, han desaparecido prácticamente las referencias a una estructura económica socialista como «base social» del Estado democrático de Derecho. Además, esta modalidad, aún por construir, del Estado democrático de Derecho, que incluye, no se olvide, la democracia política y la social y económica, ha disminuido su confianza en la función promocional del Estado a favor de un mayor protagonismo de ciertos agentes, grupos y movimientos sociales (sociedad civil).

Por último, habría que incluir un conjunto de nuevos derechos, a añadir a los ya clásicos derechos civiles y políticos y a los derechos económicos y sociales. ¿Cuáles serían éstos?, «derechos de las minorías étnicas, sexuales, lingüísticos, marginadas por diferentes causas, derechos de los inmigrantes, ancianos, niños, mujeres, derechos en relación con el medio ambiente, las generaciones futuras, la paz, el desarrollo económico de los pueblos, la demografía, las manipulaciones genéticas, las nuevas tecnologías, etc. en una lista todo menos arbitraria, cerrada y exhaustiva», contesta Elias Díaz.

Parece claro que a las dificultades que antes señalé, se añaden ahora otras nuevas. EKas Díaz es consciente, con un sentido común que no tiene por qué ser enemigo de la generosidad, de que el Estado de Derecho se encuentra con enormes obstáculos para asumir todas esas demandas. El Estado de Derecho perdería mucha legitimación social si pretendiera crear la esperanza en los ciudadanos de que estos nuevos derechos, lo mismo que los económicos y sociales, se van a conseguir por artes especiales, dando pie a promesas llamadas a no ser cumplidas. Por ello quizá lo más adecuado, aunque también lo menos

popular y electoralista, sea reducir en el contenido la lista de los derechos que han de incluirse en la cuarta de las características del Estado de Derecho. La selección se puede hacer tomando como criterio básico aquellos derechos que pueden ser garantizados efectivamente con la existencia del Estado liberal-democrático. Los derechos económicos, sociales y culturales y estos nuevos derechos serían objetivos o metas morales y políticas a conseguir por el Estado de Derecho, pero nunca presupuestos de su definición.

Deseo añadir, como punto final de este apartado, que este tipo de precisiones no son el resultado de una opción ideológica enfrentada al Estado social de Derecho o al Estado democrático de Derecho, según es definido por Elias Díaz. Mi objetivo en estas páginas es rescatar lo que resulta imprescindible para delimitar el alcance, pero también la importancia y grandeza, del Estado de Derecho como fórmula jurídico-política.

Establecido esto, cada sociedad ha de elegir democráticamente la modalidad de Estado de Derecho que prefiere.

Por tanto, a partir de este momento, me interesa centrarme en la invocación de esos puntos definitorios del concepto restringido de Estado de Derecho. He elegido para ello la exposición que K. Larenz lleva a cabo en su libro «Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica». En dicha obra, a la que en España no se le ha dado la atención que merece, Larenz ha incluido a los principios del Estado de Derecho entre los principios del Derecho justo. Para este autor, «con la expresión "principios del Estado de Derecho en sentido estricto" queremos designar los que se refieren a la construcción del Estado precisamente como un "Estado de Derecho", que debe impedir de manera especial que aquellos a quienes eventualmente se confía el ejercicio del poder estatal lo usen de un modo distinto al sentido que impone el Derecho<sup>18</sup>. Un dato interesante del tratamiento que K. Larenz concede a este punto, lo aporta una explicación antropológica que se encontraría en la base que hace-necesaria, y la génesis histórica del Estado de Derecho tiene mucho que ver con ella, la certeza y seguridad de los ciudadanos en cuanto a la actuación del poder político. Dado que las estructuras de dominación son un elemento inseparable de la relación entre los que mandan y los que obedecen, es preciso ser conscientes de que: «Donde existen relaciones de este tipo, se produce en todos los tiempos el peligro del abuso, peligro que tiene fundamentos muy profundos en la naturaleza humana. El poder sobre otros, aunque sea un pedacito de poder, constituye para muchos hombres una tentación para aumentar con su ejercicio arbitrario su amor propio, para

<sup>18</sup> Karl Larenz «Richtiges Recht. Grudzüge einer Rechtsethik», traducción castellana, *Dor la eme se cita*, de Luis Díez-Picazo. Editorial Cívitas, Madrid, 1.985, pag. 151.

ensancharlo más allá de los límites establecidos y para envidiarlo por sí mismo». El Estado de Derecho, por tanto, ha venido a responder a esa siempre vigente y constante tendencia hacia el abuso de poder, bien sedimentado en la psicología humana.

El Estado de Derecho asimila tanto componentes filosóficos reconocibles en Platón, Aristóteles, Rousseau o Kant<sup>19</sup>, a favor de la primacía del gobierno de las leyes sobre el gobierno de los hombres<sup>20</sup>, como políticos, al establecer barreras a la actuación del Estado desde la defensa de la libertad individual en Guillermo von Humboldt<sup>21</sup> o jurídicos, en el caso del Estado de leyes defendido por un sector de la ciencia jurídica europea del siglo XIX,

<sup>19</sup> Para Platón, «en aquella ciudad donde la ley tenga la condición de subdita sin fuerza, veo ya la destrucción venir sobre ella, y en aquella otra, en cambio, donde la ley sea señora de los gobernantes y las gobernantas siervos de la ley, veo realizada su salvación y todos los bienes que otorgan los dioses a las ciudades», *Las Leyes*, 715 d. edición bilingüe, traducción, notas y estudio preliminar de José Pabón y Manuel Fernández Galiano, tomo 1, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.983, pag. 145.

Para Aristóteles, «en las ciudades que se gobiernan democráticamente, según la ley no tiene lugar el demagogo, sino que los mejores ciudadanos ocupan la presidencia: pero donde las leyes no son soberanas, allí aparecen los demagogos, pues el pueblo se erige en dirigente único, uno solo formado de muchos, ya que muchos ejercen el poder, no individualmente, sino colectivamente», *Política*, libro 4, capítulo 4,1292 a, traducción prólogo y notas de Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez, Alianza Editorial, Madrid, 1.991, pág. 157.

Para Rousseau, «Un pueblo libre obedece, pero no sirve; tiene jefes, pero no dueños; obedece a las Leyes, pero nada más que a las Leyes, y es por la fuerza de las Leyes por lo que no obedece a los hombres», en «*Lettres écrites de la Montagne, lettre VIII*», Ed. La Pleiade, París, pág. 842.

Para Kant, «Ésta es la única constitución política estable en la que la ley ordena por sí misma y no depende de ninguna persona particular». Segunda parte de la Doctrina del Derecho. El Derecho Público, & 52, traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Ed. Tecnos, Madrid, 1.989, pág. 179.

<sup>20</sup> Me he referido a este punto en mi libro «Filosofía política y Derecho», op. cit., pág. 35 y ss., cap. III.

<sup>21</sup> Valgan, como muestran estos tres textos tomados de su obra «Los límites de la acción del Estado», 1.792: «que el Estado se abstenga totalmente de velar por el bienestar positivo de los ciudadanos y se limite estrictamente a velar por la seguridad entre ellos mismos y frente a los enemigos del exterior, no restringiendo su libertad con vistas a ningún otro fin último»...

«La institución del Estado como tal no es un fin en sí misma, sino tan solo un medio para la formación del hombre, y que consiguientemente, el legislador no puede contentarse con dotar a sus decisiones de autoridad, si los medios que utiliza para hacer valer dicha autoridad no son, por su parte, buenos o, cuando menos no perjudiciales»...

«Yo considero *seguros* a los ciudadanos de un Estado cuando no se ven perturbados por ninguna injerencia ajena en el ejercicio de los derechos que les competen, tanto los que afectan a su persona como los que versan sobre la propiedad, *la seguridad es, por tanto* -si esta expresión no se considera demasiado escueta y, quizá, por ello mismo, oscura-, *la certeza de la libertad concedida por la ley*». Utilizo la traducción de Joaquín Abellán, Ed. Tecnos, Madrid, 1.988, pgs. 43,82 y 111, respectivamente.

interesado en resaltar las exigencias de limitación del arbitrio del soberano y la vinculación de la Administración y del juez a las leyes<sup>22</sup>. La subordinación estricta del Estado al Derecho, al Derecho creado por el propio Estado se entiende, se convierte en la nota definitoria del Estado de Derecho. Sin embargo, hasta aquí hemos dicho muy poco; se precisa además el desarrollo de una serie de principios derivados de esa idea originaria y que sirven para darle solidez y contenido. ¿Cuáles son esos principios?

Habría que comenzar *por el principio de la limitación y control del poder*. Se trata de prevenir la arbitrariedad y el abuso del poder, vinculando a éste en su actuación al Derecho. La referencia a esa gran intuición de Montesquieu en «El espíritu de las leyes» según la cual, ya que es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder está tentado a abusar de él, debe erigirse un poder limitado, es aquí obligada<sup>23</sup>. Lo mismo que ese gran invento de la división de poderes gracias al cual unos poderes limitan y controlan a los otros<sup>24</sup>. La experiencia ha demostrado que la división de poderes (o funciones del Estado) es el medio más eficaz para evitar un uso arbitrario de las facultades que las leyes otorgan a los poderes públicos.

Los otros principios<sup>25</sup>, que aquí no voy más que a citar, ya que cada uno de ellos ha sido objeto de numerosa bibliografía, son la inadmisibilidad de

<sup>22</sup> K. Larenz, op. cit. pág. 155 y ss.

Sobre la génesis del Estado de Derecho pueden consultarse: A. Baratta «El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual», en Sistema 17-18, Madrid, 1977, pág. 11 y ss; Ángel Garrorena Morales «El Estado español como Estado social y democrático de Derecho», Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 155 y ss.; Martin Kriele «Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático», Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 139 y ss. Y Antonio Enrique Pérez Luño «Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución», Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pag. 212 y ss.

<sup>23</sup> Escribe Montesquieu: «La libertad política no se encuentra más que en los Estados moderados; ahora bien, no siempre aparece en ellos, sino sólo cuando no se abusa del poder. Pero es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites ¡quien lo diría!. La misma virtud necesita límites.

Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder», El espíritu de las leyes, Libro XI, capítulo IV, utilizo la traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, en Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 106.

Ver sobre este punto y el correspondiente a la división de poderes el libro de Roberto L. Blanco Valdés «El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal», Alianza Universidad, Madrid 1994.

<sup>24</sup> Ver el trabajo de Neil MacCormick «Derecho, el imperio del Derecho y Democracia», en «La crisis del Derecho y sus alternativas», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág. 377 y ss.

<sup>25</sup> Ver K. Larenz, op. cit. pág. 158 y ss.

las leyes retroactivas (de especial importancia en el Derecho Penal, «milla poena sine lege»), la vinculación al Derecho de todos los órganos del Estado, principalmente de la Administración que es el órgano estatal que más interviene en la vida cotidiana de los ciudadanos, y la concesión por parte del Estado de Derecho a los ciudadanos de una amplia tutela jurídica. A todo esto se añadirán los principios procesales que el Estado de Derecho ha de asegurar: la imparcialidad del juez y la audiencia en derecho de cada parte.

Creo que todos estos principios del Estado de Derecho, base indiscutible de cualquier ordenamiento jurídico que se pretenda justo, *giran en torno a un valor preponderante, aunque no exclusivo, la seguridad jurídica*<sup>26</sup>. La legalidad y el sometimiento a ella del poder político afecta no solo a las funciones que éste debe cumplir y al reconocimiento de su autoridad, sino que también posibilita que los ciudadanos sepan con certeza a qué atenerse en cuanto a la organización de su vida y al conocimiento de los derechos y deberes que tienen. La arbitrariedad de los poderes públicos, la falta de respeto por la legalidad, son claros enemigos de la seguridad de los ciudadanos y de su libertad bajo el imperio de la ley.

Finalmente, y en la línea de lo señalado anteriormente, deseo hacer dos comentarios en torno al contenido del sugerente artículo de Francisco Laporta «Imperio de la Ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elias Díaz».

En primer lugar, sobre su idea de que el imperio de la ley es un «universo ético», es decir, «no una «propiedad» del Derecho, algo inherente a la mera existencia empírica del orden jurídico, algo que nace ya con la mera norma jurídica, sino que es un postulado metajurídico, una exigencia ética política o un complejo principio moral que está más allá del puro derecho positivo, o dicho en términos familiares, que no se refiere al derecho que «es», sino al Derecho que «debe ser»<sup>27</sup>.

Bien, creo que todo esto es cierto, el imperio de la ley no es lo mismo que la legalidad sino, «la vigencia de unas normas que incorporan algunos rasgos muy particulares. Es decir el imperio de la ley es un complejo imperativo moral dirigido al sistema jurídico y que lleva en sí tanto un haz de exigencias materiales respecto a su contenido como un conjunto de exigencias formales respecto a su estructura». Pero la presentación del imperio de la ley como un imperativo moral, como exigencia ética, como principio meta-

<sup>26</sup> Ver sobre esto el cap. 2 del libro de Antonio Enrique Pérez Luño «La seguridad jurídica», Ed. Ariel, Barcelona, 1.991, pág. 43 y ss.

<sup>27</sup> Francisco Laporta «Imperio de la Ley», en Doga 15-16, vol. I, Alicante, 1.994, pág. 134.

jurídico, como un «deber ser», puede llevar al equívoco de pensar que, aun cuando la legalidad ha incorporado esas exigencias materiales y formales que expresan el imperio de la ley, sigue siendo una exigencia ética. En ese caso ha adquirido otra propiedad más, la de ser una obligación jurídica. Los artículos 9.1, 9.3, 66.2, 97, 103 ó 106, de la Constitución española, son algunos ejemplos del sometimiento a la ley de los poderes del Estado y en general de todos los ciudadanos. Es una virtud más de un ordenamiento jurídico la de realizarse como Estado de Derecho, sin embargo la certeza y la seguridad que esto proporciona a los ciudadanos no se obtiene del hecho (confianza) de que el Estado deberá comportarse moralmente, actuando de acuerdo con el imperio de la ley, sino de *que debe hacerlo necesariamente por mandato legal*. Y en caso contrario, caería en la ilegalidad o en la arbitrariedad, situaciones que también están contempladas por el Estado de Derecho.

En segundo lugar, hay otra idea en el trabajo de F. Laporta que me parece digna de matización. «¿De donde —se pregunta— extrae una noción tan aparentemente cercana al mundo de lo jurídico como la de imperio de la ley esa condición esencialmente moral? Pues a mi juicio —responde— de la autonomía de la persona»<sup>28</sup>. Me parecen muy interesantes las referencias que se hacen al ideal de la persona humana como ser autónomo, respaldo de su dignidad y acicate de su libertad y responsabilidad. El Estado de Derecho, y más concretamente el imperio de la ley, al posibilitar un conocimiento previo y cierto de las actuaciones del Estado (las que están contempladas legalmente) aportan al ciudadano un marco de certeza y seguridad que indudablemente va a redundar de manera muy beneficiosa en «la protección de la autonomía del individuo frente al poder político» (pg. 138). Sin embargo, creo que el objetivo prioritario del imperio de la ley no es la autonomía individual sino la seguridad. Precisamente es el prioritario porque *es la seguridad la que favorece la autonomía individual y no al revés*.

El saber —legalmente— a que atenernos (seguridad jurídica) es preámbulo del obrar autónomo. No estoy diciendo que la dignidad del ser humano, y su capacidad de dirigir su comportamiento de forma autónoma, sean ideales morales inferiores a la seguridad jurídica. No es eso. Lo que intento destacar es que el imperio de la ley protege la seguridad antes que la autonomía (de la misma forma que los derechos del hombre y el principio democrático desarrollan el ideal moral de autonomía).

Me parece que esto es así desde los orígenes del Estado de Derecho. La comprensión de la libertad por Montesquieu como «el derecho de hacer todo lo que las leyes permitan», o «la libertad política de un ciudadano

<sup>28</sup> op. cit., pág. 135.

depende de la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad<sup>29</sup>»; o en el caso de B. Constant, al señalar que «El objetivo de los modernos es la seguridad de los disfrutes privados, y llaman libertad a las garantías concedidas por las instituciones a esos disfrutes<sup>30</sup>», creo que van en este sentido.

Y también valdrían estos argumentos actualmente. Francisco Laporta cita la definición de I. Berlín de libertad positiva como ejemplo del principio moral de autonomía («Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mi mismo, y no de fuerzas exteriores, sean éstas del tipo que sean»), sin embargo, no es bueno olvidar que a I. Berlín le merece también mucho respeto —quizá más— la libertad negativa, y este tipo de libertad se encuentra más cerca de la seguridad y del imperio de la ley.

## APÉNDICE

En las páginas anteriores se intentó definir y describir un concepto restringido de Estado de Derecho. Pensé que en este artículo, publicado en la Revista Sistema n.º 138, en mayo de 1.997, había logrado básicamente ese objetivo. Sin embargo, algunos trabajos publicados, en los que se hace mención a él, y algunas opiniones recibidas acerca de su contenido, me han hecho ver que me encontraba confundido.

Por ello, creo necesario retomar ese contenido, que ahora me parece, incluso, más oportuno de llevar a cabo. ^

En las frases iniciales de «Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho» se explica que se proponen lograr dos objetivos: 1.º «delimitar el campo de lo que se consideraría imprescindible para definir en qué consiste el Estado de Derecho», y 2.º «llamar la atención sobre ciertas formas de «desnaturalizar» el Estado de Derecho que se han conseguido al confundir diferentes modalidades del Estado de Derecho con sus correctas señas de identidad». Las modalidades señaladas son el neoliberalismo de F. Hayek y el socialismo democrático de Elías Díaz. La desnaturalización se ha producido, tanto en un caso como en el otro, incluyendo exigencias en la definición de Estado de Derecho que reducen su campo al identificar Estado de Derecho con Estado neoliberal de Derecho y excluir otras modalidades

<sup>29</sup> Montesquieu «Del Espíritu de las Leyes», libro XI, capítulo III y capítulo IV; op. cit., pgs. 106 y 107.

<sup>30</sup> B. Constant «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos en «Escritos políticos», estudio preliminar, traducción y notas de María Luisa Sánchez Mejía, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.989, pág. 269.



como Estado de Derecho, o hacer lo mismo con el Estado socialista-democrático de Derecho.

El concepto restringido de Estado de Derecho planea definir una serie de exigencias morales, políticas y jurídicas que delimitarían lo básico del Estado de Derecho, independientemente de las modalidades que se elijan. Según esto «Estado de Derecho» significa, fundamentalmente, imperio de la ley y sometimiento a la legalidad de gobernantes y gobernados, del poder político y de todos los poderes sociales. Para el ciudadano, además el Estado de Derecho se concreta en previsión y certeza de su conducta, «saber a qué atenerse», seguridad jurídica y el reconocimiento y garantía de ciertos derechos, de seguridad jurídica, autonomía, cívicos y políticos, es decir, de derechos que se derivan de, y a la vez sustentan, las instituciones jurídicas y políticas propias del Estado de Derecho y medio inexcusable para que éste funcione.

Todo ello da lugar a que el sometimiento del Estado a la legalidad no lo sea a cualquier tipo de legalidad, sino a la de la tradición liberal democrática. Esa legalidad incluye exigencias materiales o de contenido en torno al concepto y papel de la ley, a la organización de los poderes y a los deberes de los ciudadanos que han de ser reconocidos y garantizados.

Por tanto, por un lado se situarían los rasgos básicos del Estado de Derecho, que lo son de carácter moral, político y jurídico y por otro lado los que describen sus modalidades, que suelen tener, predominantemente, carácter económico y social. Así, la principal diferencia entre el Estado liberal (y neoliberal) de Derecho y el Estado social (y socialista democrático) de Derecho gira en torno a la menor o mayor intervención del Estado en ámbitos sociales y económicos. La menor o mayor intervención del Estado suele también argumentarse para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales como prestaciones estatales o no.

En definitiva, cabe hablar de Estado de Derecho, en contra de la opinión de los neoliberales, con una economía social de mercado y derechos económicos, sociales y culturales. De la misma manera que cabe hablar de Estado de Derecho, en contra del parecer de los socialistas democráticos, con una Economía libre de mercado y con ausencia de ciertas prestaciones estatales importantes. Sin embargo, no es posible hablar de Estado de Derecho sin imperio de la ley, división de poderes, legalidad de la Administración y derechos de autonomía, seguridad jurídica, cívicos y políticos. Incluso podríamos hablar de democracia auténtica (directa o asamblearia) y de sistemas sociales muy igualitarios en el terreno social y económico que no cumplen los requisitos de un Estado de Derecho.

Creo que tienen parte de razón los neoliberales cuando señalan que una excesiva intervención estatal, con fines igualitarios, pone en peligro la libertad. Y lo mismo ocurre cuando los socialistas democráticos advierten que las libertades, sin un marco de igualdad de oportunidades sociales y económicas, se convierten en papel mojado. Pero unos y otros deberían convenir en que lo prioritario es la elección y el mantenimiento del Estado de Derecho como forma de organizar jurídica y políticamente al Estado (y también, como efectivo y justo medio de garantizar la libertad y posibilitar la lucha contra las desigualdades). A partir de este supuesto, entraría en juego la decisión democrática de los ciudadanos a favor de la modalidad liberal o social del Estado de Derecho.

Creo que lo que antecede es un buen resumen del contenido de mi artículo: plantear una serie de cuestiones, analizar un conjunto de hechos, llamar la atención sobre ciertos peligros conceptuales y teóricos. Todo ello con la pretensión de rescatar la fórmula jurídico-política del Estado de Derecho. Incluso en unas líneas del trabajo me permití añadir que esa intención no incluía una «opción ideológica enfrentada al Estado social de Derecho o al Estado democrático de Derecho, según es definido por Elias Díaz». Mis simpatías, hoy y desde hace mucho tiempo, se encuentran del lado de la modalidad social del Estado de Derecho. Un *Estado social revisado y corregido*, pero, en definitiva, un Estado social de Derecho<sup>31</sup>. De los trabajos que se han referido al mío, opino que Marina Gascón ha visto bien mi mensaje, pero no así, y quizá quepa incorporar la hipótesis de que no me haya explicado de manera suficiente, Gerardo Pisarello y Rafael de Asís<sup>32</sup>.

Un concepto restringido del Estado de Derecho en el plano jurídico-político es perfectamente compatible, además de deseable, con el Estado social de Derecho, es decir, con un Estado de Derecho preocupado y comprometido en la realización de las tareas sociales que hoy se consideran imprescindibles para una vida humana digna: seguridad social, educación básica, protección frente al desempleo, cuidados sanitarios y pensiones mínimas<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Ver mi trabajo «Estado, sociedad civil y democracia», incluido en R. de Asís, E. Fernández García, M.D. González Ayala, A. Llamas y G. Peces-Barba «Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX», Edición y prólogo de Eusebio Fernández García, Universidad Carlos III de Madrid y Editorial Dykinson, Madrid, 1.996, pág. 81 y ss.

<sup>32</sup> Marina Gascón «El imperio de la ley. Motivos para el desencanto», en «Jueces para la Democracia», núm. 32, Madrid, julio 1.998, pág.25 y ss.; Gerardo Pisarello «Por un concepto exigente de Estado de Derecho», sistema núm. 144, Madrid, mayo de 1.998, pág. 97 y ss.; y Rafael de Asís «Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho», Editorial Dykinson, Madrid, 1.999, pág. 79 y ss.

<sup>33</sup> Eusebio Fernández, op. cit. pág. 109.

La única vía razonable, hoy, de preservar y mantener el Estado de bienestar social o Estado social de Derecho es revisarlo y corregirlo. No la fórmula de convivencia política que se llama Estado de Derecho, sino el alcance de la «intervención social» del Estado. Esta propuesta puede tener menor o mayor influencia de las teorías liberales contemporáneas, pero es claramente una propuesta a favor del Estado social de Derecho. Y lo mismo es de aplicación a los derechos económicos, sociales y culturales. Creo que se trata de auténticos derechos humanos forjados en la lucha por la dignidad y la libertad de los seres humanos, no solamente en la igualdad en el plano social o económico. Hay derechos económicos, sociales y culturales que actúan como exigencias inexcusables de una vida digna, independientemente, lo que no es una cuestión baladí, de las dificultades nacidas de su auténtico ejercicio<sup>34</sup>.

Esta visión crítica del Estado social de Derecho ha de tener en cuenta su historia, como su presente y futuro. Defender un ideal de manera crítica significa, entre otras cosas, no hacerlo de manera dogmática, negando los hechos incómodos, sin tener en cuenta que las instituciones jurídico-políticas deben adaptarse al desarrollo social y económico. La visión crítica del Estado social de Derecho tiene que saber desembarazarse tanto de una visión excesivamente optimista<sup>35</sup>, aunque los resultados tomados con un sentido de generalidad le sean favorables, como de aquellas opiniones, situadas normalmente en torno a la ideología neoliberal, exageradamente negativas y, en definitiva, injustas<sup>36</sup>.

El Estado social de Derecho sigue contando hoy con muy buenas razones morales a su favor, pues ayuda a asegurar valores como la autonomía, la libertad o la igualdad en aquellas circunstancias donde pueden imperar el hambre, la inseguridad o la ignorancia. Sin embargo, también hay otros valores como la responsabilidad, el esfuerzo o el mérito que son fundamentalmente individuales, que desarrollan la autonomía y el talante moral

<sup>34</sup> Ver mi trabajo «No toméis los derechos económicos, sociales y culturales en vano», en «Derechos y libertades», Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año III, núm. 6, febrero de 1998, Universidad Carlos III de Madrid, pág. 73 y ss.

<sup>35</sup> Quizá no sea mal ejemplo el «espíritu» del capítulo introductorio del libro «las estructuras del bienestar. Derecho, economía y sociedad en España», dirigido por Santiago Muñoz Machado, José Luis García Delgado y Luis González Seara, Escuela Libre Editorial y Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 10 y Ss.

<sup>36</sup> Ver, por ejemplo, los trabajos de Jesús Huerta de Soto «Socialismo, corrupción ética y economía de mercado» y Francisco Cabrillo «Ética de mercado y estado de bienestar», en «Ética pública y moral social», Luis Núñez Ladevéze ed., Editorial Noesis, Madrid 1996, y el de Carlos Rodríguez Braun «Estado social y envidia antisocial», en Claves de Razón práctica, núm. 81, Madrid, abril de 1998, pág. 34 y ss.

de los ciudadanos y que no pueden ser «entregados» por el Estado, puesto que es en la sociedad civil, y en un modelo ideal de ciudadanía, donde tienen su acomodo<sup>37</sup>.

La solución más adecuada, aún por desarrollar, creo que se encuentra entre la delimitación del papel necesario e imprescindible del Estado social de Derecho y el mayor protagonismo de la sociedad civil. En la actualidad, los intentos de renovación de las corrientes socialdemócratas, entre los cuales quizá el más conocido es el movimiento denominado la «tercera vía», van en esa línea. Uno de sus más importantes teóricos, Anthony Giddens, ha escrito que «la vida política no es nada sin ideales, pero los ideales son vacíos si no se refieren a posibilidades reales». En su programa de actuación política destaca especialmente la necesidad de «la promoción de una sociedad civil activa». Y en cuanto al Estado de bienestar, advierte: «la política de la tercera vía debería aceptar algunas críticas que la derecha hace al Estado... Su fuerza motriz es la protección y la atención, pero no da suficiente espacio a la libertad personal. Algunas formas de institucionalización del bienestar son burocráticas, alienantes e insuficientes, y las prestaciones del bienestar pueden producir consecuencias perversas que socavan aquello para lo que estaban diseñadas. No obstante la política de la tercera vía no ve estos problemas como una señal para dismantelar el Estado de bienestar, sino como una parte de la necesidad de reconstruirlo<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Ver sobre estos puntos David Harris «Los fundamentos del Estado social», Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1.990, traducción e introducción de Juan J. Fernández Cañizos, y Víctor Pérez Díaz «La esfera pública y la sociedad civil», Ed. Taurus, Madrid 1.997, pág. 113 y ss.

<sup>38</sup> Anthony Giddens «la Tercera vía. La renovación de la socialdemocracia» Ed. Taurus, Madrid 1.999, trad. de Pedro Cifuentes Huertas, pgs. 7.95 y 134.